

# **VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

## **DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I**

**BARTIRA MACEDO MIRANDA**

**LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO**

**THAIS JANAINA WENCZENOVICZ**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

**Diretor Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

**Representante Discente:** Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

**Comunicação:**

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

**Eventos:**

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Bartira Macedo Miranda; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Thais Janaina Wenczenovicz – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-992-6

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



# VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

## DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

---

### **Apresentação**

#### APRESENTAÇÃO

O presente trabalho associa-se ao Grupo de Trabalho intitulado Direito Penal, Processo Penal e Constituição I do VII Evento Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação e conta com 20 artigos. Dentre as categoriais conceituais constata-se: Constituição Federal, Democracia, Direito Penal, Estado, Justiça Penal, Lei Maria da Penha, Processo Penal, Sociedade da Informação e Sociedade de Risco.

O primeiro texto nomina-se A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS ASPECTOS PENAIIS E DO PROCESSO PENAL: ALCANCES E LIMITES PARA O LEGISLADOR ORDINÁRIO EM MATÉRIA PENAL, sob autoria de Luiz Gustavo de Oliveira Santos Aoki e Antonio Carlos da Ponte e se apresenta com o objetivo de examinar a evolução histórica dos aspectos materiais do direito penal e processual penal à luz dos preceitos constitucionais, delineando os limites e extensões para a atuação do legislador ordinário. Ao adotar uma abordagem indutiva-histórica, o estudo analisa uma gama de fontes, incluindo documentos históricos, contribuições doutrinárias, jurisprudência e legislação pertinente. Conclui-se que o legislador não deve apenas criar, mas identificar e fortalecer os interesses relevantes, estabelecendo, assim, um critério de restrição ao ímpeto punitivo estatal. Tal compreensão visa não apenas a limitar a intervenção penal às necessidades reais da sociedade, mas também a salvaguardar os valores constitucionais, direitos fundamentais e os direitos individuais. Dessa forma, o artigo oferece uma análise crítica sobre o papel do legislador na formulação e aplicação do direito penal, contribuindo para o debate sobre a necessidade de equilibrar o poder estatal com os princípios democráticos, efetivação dos direitos e as garantias fundamentais estabelecidas pela Constituição Federal.

O segundo artigo, redigido por Allan Thiago Barbosa Arakaki e Maria De Fatima Ribeiro, discorre sobre A FUNÇÃO SOCIAL DA POLÍCIA MILITAR E UMA NOVA FORMA DE ATUAÇÃO NA SEGURANÇA PÚBLICA e discute o papel das forças das polícias militares e a imprescindibilidade de um novo formato legitimador às suas funções institucionais, à luz da teoria do agir comunicativo. Nesse ponto, ultrapassa-se o viés apenas dogmático para se compreender o desenvolvimento de um novo formato de policiamento baseado no agir comunicativo. O método empregado é o dedutivo por atender às pretensões desta pesquisa e se cuida de uma pesquisa bibliográfica e documental. Parte-se inicialmente do papel

dogmático das forças de segurança e os desafios diante da alta taxa de letalidade. Após, ingressa-se na função solidária das forças de segurança, buscando diferenciá-la da função social e o que ela albergaria. Ao fim, enfoca-se como o agir comunicativo poderia auxiliar na formulação de um novo formato de policiamento e o que isso implica, denotando um novo formato de policiamento. Conclui-se que a compreensão da função solidária das forças de segurança demanda a construção de elos comunicativos com a população atendida, por intermédio de desenvolvimento de parcerias, ultrapassando o papel meramente dogmático. O referencial teórico utilizado é a teoria do agir comunicativo, desenvolvida por Habermas, e compreensões do modelo de policiamento firmados por Zaffaroni.

Na sequência sob redação dos autores Allan Thiago Barbosa Arakaki , Emerson Santiago Pereira , Marilda Tregues De Souza Sabbatine com o título A NECESSIDADE DE MUDANÇA DE PARADIGMAS NAS ALTERAÇÕES DA LEI MARIA DA PENHA. O artigo analisa o aumento do número das infrações doméstico-familiar contra a mulher à luz da Lei 11.340/06. O objetivo secundário, por sua vez, relaciona-se a examinar se o recrudescimento unilateral da legislação penal possibilita ou não um resultado mais efetivo de segurança coletiva nessa dinâmica. A pesquisa é de natureza bibliográfica, documental e jurisprudencial, sendo empregado o método dedutivo. Parte-se da premissa geral, discorrendo sobre o panorama da Lei 11.340/06 e sua importância. Após, adentra às diversas mudanças da lei e o aumento dos crimes albergados por ela, fazendo um paralelo com a política criminal do Broken Window e buscando identificar se funciona ou não a política criminal mais rígida em tais contextos. Debruça-se, posteriormente, a delinear propostas que poderiam auxiliar a adotar uma tônica mais produtiva no combate à violência de gênero. Ao fim, conclui-se que um dos motivos centrais de não haver diminuição nos crimes analisados é que o mero recrudescimento de política pública criminal, divorciada de outros elementos ressocializantes, não promove a pacificação social. Ao contrário disso, cuida-se de uma manobra do próprio Direito Penal Simbólico, alçando indivíduos como inimigo e, em geral, possibilitando uma resposta imediatista que não auxilia no enfrentamento da questão. O referencial teórico empregado é lastreado na teoria do agir comunicativo, utilizando ainda um enfoque positivista e dogmático.

O próximo artigo com o título A PERSPECTIVA ÉTICA DE RESPONSABILIDADE COMUNITÁRIA DESDE A RESOLUÇÃO N. 487/2023, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA e da autora Camila Maués dos Santos Flausino aporta-se em referenciais pós-estruturalistas, como Rosine Kelz, Didier Fassin, Roberto Esposito e Judith Butler e busca problematizar, no campo afetivo político-filosófico, as ações e intervenções oficiais de governos humanitários voltadas à proteção de pessoas com transtorno mental em conflito com a lei penal. Pautada como discurso oficial, e como o encontro do “outro” repercute em

dinâmicas afetivas, psíquicas e políticas voltadas a alteridades irredutíveis. Trata-se de pesquisa com abordagem dedutiva e, quanto ao procedimento, bibliográfica. Ao final, a partir da Resolução n. 487/2023, do CNJ, útil no estudo como protótipo analítico, permitiu-se refletir sobre possíveis afetos políticos que fomentam agendas de governos humanitários nesse campo e como eles se engatam em aproximação ao projeto de reformulação da responsabilidade ética de dever mútuo de desenvolvimento da máxima potencialidade humana e de rompimento de fronteiras que normativamente são estabelecidas como verdades jurídico-médicas.

O quinto artigo tem como autor Guilherme Manoel de Lima Viana e o título é A PROVA ILÍCITA E A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO. O trabalho explora a interseção entre a prova ilícita e a sociedade da informação no cenário jurídico atual. O foco central reside na emergência e prevalência crescente de evidências digitais, impulsionadas pelo avanço tecnológico e pela expansão ininterrupta da sociedade digital. Utilizando uma metodologia de revisão de literatura, a pesquisa aprofunda a análise jurídica, considerando casos específicos e tendências legais relevantes dentro do contexto da sociedade da informação. Os resultados apontam para a necessidade urgente de abordagens jurídicas inovadoras capazes de enfrentar as complexidades decorrentes da prova ilícita na sociedade da informação. Destaca-se a importância de equilibrar a busca pela verdade processual com a proteção rigorosa dos direitos fundamentais, sugerindo a implementação de diretrizes e medidas concretas. O artigo conclui ressaltando a crucial importância de adaptar as estruturas legais existentes para enfrentar as mudanças sociais e tecnológicas, proporcionando um arcabouço flexível que possa eficazmente lidar com as nuances da prova ilícita na sociedade da informação. Nesse contexto, propõe-se não apenas uma resposta às implicações jurídicas, mas também um chamado à reflexão sobre como preservar a integridade do sistema judicial diante dos desafios complexos decorrentes da evolução tecnológica. O objetivo final é estabelecer um sistema judicial resiliente, justo e adaptável, capaz de enfrentar os dilemas contemporâneos de maneira eficaz.

A SOCIEDADE DE RISCO E O DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO dos autores Ana Cristina Santos Chaves , Marcos Paulo Andrade Bianchini Eduardo Augusto Gonçalves Dahas contempla o texto seis. Este artigo examina a relação entre a teoria da Sociedade de Risco de Ulrich Beck em sua obra "Sociedade de risco: Rumo a outra modernidade", analisando os impactos dos riscos globais decorrentes dos constantes avanços tecnológicos advindos após a revolução industrial que gera uma sociedade do medo e insegura e cada vez mais reflexiva ante os riscos provocados na contemporaneidade. Também analisou como os riscos modernos que desafiam as estruturas tradicionais existentes no Estado Democrático de Direito e no direito penal. Discute a mudança de paradigma na

sociedade que precisa lidar com riscos globais normalmente não intencional, mas com potencial lesivo impactante em todo o mundo que transcende as fronteiras territoriais, econômicas, clássicas e científicas. Foi analisado o desafio do Estado Democrático de Direito a se adaptar a uma realidade complexa e interconectada. Foi analisado a sociedade de risco descrita por Ulrich Beck frente as teorias funcionalistas sistêmicas. Utilizou-se o método-dedutivo, e como fontes primárias, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) e os autores Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, José Afonso da Silva, na definição de Estado Democrático de Direito, a teoria funcionalista teleológica na visão de Claus Roxin e funcionalista sistêmica na visão de Günther Jakob, fazendo uma correlação com a sociedade de risco de Ulrich Beck. Conclui-se que a sociedade de risco descrita por Beck, vê nos avanços tecnológicos e a globalização a criação de novos riscos e incertezas que atravessam fronteiras nacionais e desafia o direito penal.

O artigo sétimo, intitulado **A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA COMO UM INDEVIDO ESTADO DE COISAS DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: BREVES CONJECTURAS SOBRE OS OBSTÁCULOS PARA SUA SUPERAÇÃO NO BRASIL**, com escrita de Barbara Labiapari Pinto e Fernando Laércio Alves da Silva, apresenta resultado de investigação conduzida sobre a situação do sistema prisional brasileiro e busca lançar luzes sobre o problema da superlotação carcerária. Problema tão antigo e endêmico no Brasil que sequer pode ser considerado como uma situação de crise, mas, de fato, um estado de coisas persistente e indevido. Exatamente por se tratar de tema tantas vezes discutido, na presente pesquisa se propôs analisa-lo a partir de novas lentes, conjugando a já comum leitura da insuficiência de vagas com questões que impactam, ou pelo menos deveriam impactar no sistema, como as medidas alternativas à prisão, de um lado, e a mudança de orientação do STF sobre a possibilidade da decretação da prisão após decisão condenatória não transitada em julgado, por outro. Metodologicamente, a investigação, de abordagem quali-quantitativa, desenvolveu-se por meio da coleta de dados documentais sobre o sistema prisional do INFOPEN, CNMP e, CNJ (2008-2023) e pela coleta e análise de julgados, notadamente das decisões do STF acerca da temática da execução penal após condenação em segunda instância, e pela coleta e análise bibliográfica, realizada a partir do Portal de Periódicos da CAPES e do Banco de Dissertações e teses da CAPES. Caminho trilhado para tentar identificar o grau de eficiência do modelo de penas alternativas à prisão estabelecido pela Lei n. 9.714/98 e o impacto da insegurança jurídica e, principalmente, da inadequada compreensão da possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade no sistema prisional brasileiro.

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: EFEITOS DA CONFISSÃO EM CASO DE NÃO CUMPRIMENTO DO ACORDO foi o tema apresentado por Victor Dessunti

Oliveira, Felipe Ryuji Coimbra Miyamoto e Andrezza Damasceno Machado. O artigo é dedicado a compreender como a confissão do réu afeta o andamento processual quando um acordo de não persecução penal não é cumprido. Os autores demonstram que o ANPP pode oferecer uma alternativa flexível ao processo tradicional, permitindo que as autoridades ajam de forma adaptativa em diferentes situações. Isso pode ser particularmente útil em casos onde a culpabilidade é clara e as partes envolvidas concordam com os termos do acordo. Em relação à utilização da confissão como prova em eventual ação judicial, decorrente do descumprimento do acordo, os autores defendem a sua impossibilidade, vez que a confissão é feita antes da denúncia, ou seja, antes mesmo de iniciar a ação judicial. Assim sendo, a confissão em sede inquisitiva, como é o caso do ANPP, não pode ser utilizada como prova na ação judicial, devendo o processo seguir seu curso normal, conforme consta no Código de Processo Penal, por respeito ao devido processo legal, bem como a todas as garantias previstas na Constituição Federal.

Os autores Kennedy Da Nobrega Martins e Alexandre Manuel Lopes Rodrigues apresentaram o artigo intitulado AGENDAMENTO ELETRÔNICO PARA ATENDIMENTO DO CLIENTE PRESO: ANÁLISE DO IMPACTO DA PORTARIA Nº 164/2020 – SEAP/PA NA PRÁTICA DA ADVOCACIA CRIMINAL. A Portaria nº 164/2020 – SEAP/PA regula o acesso dos advogados às unidades prisionais no Pará, estabelecendo horários específicos para atendimentos e introduzindo um sistema de agendamento eletrônico para atendimento e entrevista pessoal e reservada com clientes. O estudo analisa como essa normativa afeta a prática da advocacia criminal, a relação advogado-cliente, especialmente em um contexto de justiça penal, onde o acesso rápido e eficiente à representação legal é crucial. A conclusão aponta que o equilíbrio entre a segurança prisional e os direitos dos detidos e seus defensores é um aspecto imprescindível a ser considerado na implementação de qualquer nova tecnologia ou política, devendo-se buscar, por meio do diálogo, soluções que respeitem as garantias constitucionais e profissionais dos advogados, ao mesmo tempo em que se aproveitam os benefícios que as inovações tecnológicas podem oferecer para a eficiência e eficácia dos processos judiciais e prisionais.

Giovanna Aguiar Silva e Fernando Laércio Alves da Silva jogam luz a um problema percebido com muita perspicácia: a liberdade decisória da vítima nos delitos sexuais. O título do artigo é COM SENTIMENTO: DESVELANDO O IMPACTO DO PATRIARCADO E DO PATRIMONIALISMO NA IDENTIFICAÇÃO DA VONTADE-CONSENTIMENTO DA VÍTIMA MULHER ENQUANTO ELEMENTO DE CARACTERIZAÇÃO /DESCARACTERIZAÇÃO DOS CRIMES SEXUAIS. Passados quase um quarto de século da edição da Lei n. 12.015/2009, os autores realizaram um balanço dos avanços concretos na proteção à dignidade e à liberdade sexual das mulheres. O trabalho investigou a

jurisprudência do TJMG quanto à adequada compreensão dos aspectos da liberdade decisória da mulher (consentimento) quanto ao exercício de sua sexualidade e seu impacto na caracterização ou não de crimes sexuais. O objetivo geral foi identificar se a análise judicial ainda se encontra enviesada por aspectos de uma cultura patriarcal. Para tanto, conduziu-se uma pesquisa qualitativa, metodologicamente estruturada, adotando como corte temporal o intervalo entre janeiro de 2010 a dezembro de 2020. As conclusões desta investigação, confirmam que a perspectiva civilista do conceito de consentimento não se mostra suficiente para a compreensão da complexidade do consentir e do querer, relacionados à realização da liberdade sexual pela mulher e deixam claro que no plano da atuação judicial, existem indícios de que a visão dos julgadores está atrelada, muitas vezes, não apenas à míope compreensão do direito civil, mas, de fato, vinculada a um ideal de mundo, no mínimo, novecentista.

Outro assunto muito contemporâneo foi apresentado por Euller Marques Silva e Yuri Anderson Pereira Jurubeba com o artigo **FILHO ADOTIVO NO HOMICÍDIO FUNCIONAL: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA QUALIFICADORA**. Este artigo examinou a inclusão dos filhos adotivos como sujeitos passivos no contexto do homicídio funcional, fazendo um paralelo entre o dispositivo legal que incluiu a qualificadora e o reconhecimento constitucional da igualdade entre filhos adotivos e biológicos. Os autores explicam que a problemática abordada consiste no fato de que o Legislador, no ano de 2015, ao instituir uma nova qualificadora para os homicídios cometidos contra agentes de segurança pública e seus parentes próximos, utilizou-se da expressão “parentes consanguíneos”, excluindo, assim, os filhos adotivos dessa proteção, gerando uma violação ao princípio constitucional de isonomia entre as origens de filiação.

**A INAPLICABILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL AO CRIME DE RACISMO** foi o tema desenvolvido por Felipe Ryuji Coimbra Miyamoto, Andrezza Damasceno Machado e Victor Dessunti Oliveira. Segundo os autores, a Lei nº 13.964 de 2019 inovou o ordenamento jurídico com a inserção do acordo de não persecução penal (ANPP), inspirado no plea bargaining, que possibilita a negociação entre o Ministério Público e o acusado. O artigo questiona se o ANPP pode ser aplicado ao crime de racismo. O artigo debate a inconstitucionalidade da aplicação do acordo de não persecução penal ao crime de racismo, considerando que a Constituição estabelece o combate ao racismo como um objetivo fundamental da República e como um dos princípios orientadores do Brasil em suas relações internacionais.

Um artigo que chamou muito a atenção foi o apresentado por João Victor Tayah Lima , Nilzomar Barbosa Filho e Alysson de Almeida Lima com o título de **MEDIAÇÃO DE**

CONFLITOS NA POLÍCIA CIVIL: REFLEXÕES ENTRE OS PODERES E OS DEVERES JURÍDICOS DO DELEGADO DE POLÍCIA. Os autores promoveram um estudo acerca das atribuições constitucionais e legais do delegado de polícia no emprego da mediação de conflitos.

Os autores sustentam que as delegacias de polícia são órgãos públicos que funcionam como receptores constantes dos mais variados conflitos sociais. Assim, atendendo a paradigmas principiológicos constitucionais, em especial à legalidade e à eficiência, é essencial que as autoridades policiais civis, em uma perspectiva de segurança pública cidadã e de preservação dos direitos humanos, abrace sua missão transformadora dos conflitos, priorizando os métodos não-violentos em sua resolução. O artigo, pois, apresenta uma mudança paradigmática, que, segundo seus autores, não apenas possível, mas essencial, e, somente assim, as delegacias de polícia abandonarão o estigma de espaços sombrios destinados exclusivamente à punição para assumirem uma nova roupagem acolhedora, onde as pessoas comparecem para verem efetivados os seus direitos fundamentais.

Para isto, foi utilizado o método dedutivo, que partiu de premissas jurídicas universais aplicáveis ao escopo jurídico para se chegar ao particular, no caso, a função do delegado de polícia. Empreendeu-se uma incursão documental e bibliográfica, com uso da legislação nacional, de solicitações de acesso à informação dirigidas a órgãos públicos e de obras doutrinárias que pudessem se relacionar com o tema proposto, tornando possível desenvolver uma pesquisa explicativa. No que tange à abordagem, a pesquisa foi qualitativa, embora dados quantitativos sobre ocorrências criminais da Polícia Civil do Estado do Amazonas tenham servido de apoio às hipóteses levantadas. O

s resultados da pesquisa demonstram que o uso da mediação policial encontra amparo jurídico amplo, tendo em vista que atende a princípios constitucionais norteadores da função administrativa e a diretrizes e procedimentos já previstos na legislação infraconstitucional. Ademais, trata-se de um instituto com ampla aplicação no cotidiano policial, tendo em vista o alto número de ocorrências criminais que só se procedem mediante queixa ou representação, possibilitando o uso do mencionado método autocompositivo de conflitos. A conclusão evidencia que a mediação é uma prática restaurativa desejável nos criminais de ação privada e ação penal pública condicionada à representação, pois tem o poder de transformar positivamente o conflito, atendendo às necessidades, tanto da sociedade, quanto da máquina administrativa.

O artigo intitulado “MIRANDA V. ARIZONA: O PARADIGMA CONSTITUCIONAL NORTE AMERICANO QUE SOLIDIFICOU O DIREITO AO SILÊNCIO

ULTRAPASSANDO AS FRONTEIRAS NACIONAIS”, foi escrito por Fernanda Matos Fernandes de Oliveira Jurubeba e Yuri Anderson Pereira Jurubeba. O texto externa que, ao longo dos séculos, o pêndulo das confissões oscilou da permissão da coerção extrema, ou mesmo da tortura, para um modelo mais racionalista. Em 1966, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a Quinta Emenda da Constituição restringe os promotores de utilizar as declarações de uma pessoa feitas em resposta ao interrogatório sob custódia policial como provas no seu julgamento, a menos que possam demonstrar três importantes condições: que a pessoa foi informada sobre seu direito de consultar um advogado antes e durante o interrogatório; do seu direito contra a autoincriminação; e que o arguido não só compreendeu esses direitos, mas também voluntariamente os dispensou. O estudo tem como objetivo examinar o famoso precedente norte-americano, destrinchando seu histórico, o voto dos membros da Suprema Corte e, o mais importante, as questões relativas aos direitos do acusado no processo penal, que ultrapassam o sistema jurídico norte americano e são identificadas como princípio básico de todo Estado Democrático de Direito. Para tanto, os autores se valeram da pesquisa bibliográfica e documental, por meio da abordagem qualitativa dos resultados.

O texto seguinte, intitulado “NORMATIZAÇÃO DO DOLO E PESSOA JURÍDICA CRIMINOSA”, dos autores Antônio Carlos da Ponte e Eduardo Luiz Michelan Campana, retoma a discussão acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica, diante dos crescentes riscos e lesões a bem jurídicos causados por empresas que apresentam complexas estruturas organizacionais. Após a análise das clássicas objeções à punibilidade de um ente coletivo, parte-se para o estudo do dolo sob os prismas das correntes de pensamento causalista, finalista e funcionalista, perquirindo-se acerca da normatização do dolo como possível solução para a imputação de fatos delituosos a pessoas jurídicas, ainda que não se consiga responsabilizar as pessoas físicas que as compõem. Em seguida, são expostas as teorias normativas do dolo sustentadas pelos expoentes do funcionalismo mínimo, moderado e radical, de corte volitivo e cognitivo, e a viabilidade de sua aplicação para a pessoa coletiva. Analisa-se, por fim, o atual entendimento jurisprudencial nos tribunais superiores que afasta, ainda que excepcionalmente, o sistema de dupla imputação adotado pela Lei 9.605/1998, propondo-se uma possível solução com fundamento na discussão acerca da normatização do dolo.

No texto que tem por título “O papel da teoria dos jogos na investigação criminal e sua conexão com o princípio do devido processo legal”, Kennedy Da Nobrega Martins e Alexandre Manuel Lopes Rodrigues discorrem que o entrelaçamento da teoria dos jogos com a investigação criminal oferece uma perspectiva inovadora sobre a dinâmica processual e sua interação com o princípio do devido processo legal. Esta abordagem, ao explorar a estratégia

e a tomada de decisões dentro do sistema penal, ilumina aspectos cruciais que influenciam a condução das investigações e o desenvolvimento processual penal. Diante disso, o objetivo do artigo é examinar a interseção entre a teoria dos jogos e a investigação criminal, avaliando como essa interação molda a aplicação do princípio do devido processo legal dentro das regras da Carta Magna. A metodologia adotada na pesquisa foi a revisão bibliográfica, envolvendo uma análise de literatura especializada, abrangendo textos jurídicos, estudos sobre a teoria dos jogos, especialmente do autor Alexandre Morais da Rosa, e trabalhos acadêmicos relacionados. Nesse sentido, a teoria dos jogos se apresenta como uma ferramenta para auxiliar o tomador de decisão na busca da escolha mais eficiente. Quando aplicada ao inquérito policial, os envolvidos (como o Delegado, Ministério Público e defesa) atuam estrategicamente para atingir seus objetivos. Dessa forma, o inquérito é vital, pois as decisões tomadas afetam diretamente o desfecho do caso, realçando a necessidade de uma abordagem lógica e cuidadosa em todas as etapas, respeitando o devido processo legal e as regras do jogo constitucional.

O texto seguinte, de autoria de Marcos Paulo Andrade Bianchini, Alexandre Marques de Miranda e Carlos José Seabra De Melo, tem por título “OS DESAFIOS DO DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO”. Na pesquisa empreendida, os autores analisam o funcionalismo teleológico e o funcionalismo sistêmico e investigam se houve a superação do paradigma funcionalista na sociedade contemporânea frente à sociedade de risco característica da modernidade pós-industrial. Foram analisados o diálogo entre o funcionalismo teleológico e o funcionalismo sistêmico, interpretada a sociedade de risco descrita por Ulrich Beck e examinado o expansionismo penal desenvolvido por Silva Sánchez. Utilizou-se o método hipotético-dedutivo, e como fontes primárias a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), que serve como referência legal fundamental, bem como a teoria do funcionalismo teleológico, representada por Claus Roxin, e a teoria do funcionalismo sistêmico, elaborada por Günther Jakobs. Foram investigadas as teorias da sociedade de risco de Ulrich Beck e o conceito de expansionismo penal desenvolvido por Silva Sanchez. O texto conclui que o expansionismo e a inflação legislativa em relação ao direito penal fazem perecer de efetividade a proteção seja de bens jurídicos ou do próprio sistema de normas importantes para a vida em sociedade.

Em “PROMESSA NÃO CUMPRIDA: A FALÁCIA IDEOLÓGICA DA PENA DE PRISÃO COMO RESSOCIALIZADORA DO CIDADÃO”, os autores Luiz Fernando Kazmierczak e Vinicius Hiudy Okada discorrem que a gestão cotidiana dos serviços penais enfrenta perda de controle interno, violando direitos, comprometimento da individualização penal, déficit de gestão e falta de transparência, conjunto classificado como “Estado de coisa inconstitucional” pelo STF. O Código Penal prevê a reincidência em seu art. 63, verificando-se quando o

agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que o tenha condenado por crime anterior. Criminologia clínica é uma atividade complexa de conhecimentos interdisciplinares predominantemente científicos, voltada à prática profissional. O seu modelo de inclusão social implica um rompimento com os pressupostos lógicos do sistema punitivo – uma inversão hierárquica e subordinativa –, não sendo considerado uma criminologia crítica e nem tem compromissos com os postulados do pensamento crítico. A teoria do labelling approach significa um abandono do paradigma etiológico-determinista e a substituição de um modelo estático e monolítico de análise social por uma perspectiva dinâmica e contínua de corte democrático. A teoria foi bem recepcionada pela doutrina penal brasileira, sendo introduzida pelas Leis nº 7.209/84 e nº 7.210/84, influenciando inclusive a Constituição Federal de 1988. Conclui-se, através deste trabalho, que a pena de prisão como ressocializadora do cidadão não passa de uma falácia ideológica, visto que o condenado não está sendo preparado para reingressar na sociedade, mas sendo “desculturado”.

No trabalho intitulado “UMA NECESSÁRIA INTERVENÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO CUSTOS VULNERABILIS EM DEFESA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS”, a autora Wilza Carla Folchini Barreiros discorre, a partir de pesquisa bibliográfica e da análise factual do comportamento dos três Poderes, que há uma crescente repressão aos movimentos sociais. O objetivo do artigo é, por meio da investigação de normas e princípios, buscar mecanismos que auxiliam na mudança de posição que os integrantes de movimentos sociais vêm ocupando no âmbito das ações penais, em geral, previamente taxadas como agentes promotores da desordem e da ilegalidade. O tema foi delimitado especificamente a repressão criminal dos ativistas dos movimentos de luta pelo direito à moradia e o acesso à terra, bem como meios de provocar mudanças perante o Poder Judiciário. Para tanto, traz as falhas na imputação do crime de esbulho possessório, em que se ignora elementos inerentes ao tipo, como a verificação da posse a partir do direito à moradia e da função social da propriedade. Nessa linha, e tendo como um dos fundamentos a teoria garantista de Ferrajoli, aponta-se como um dos mecanismos auxiliares a redução de desigualdades no processo penal a atuação da Defensoria Pública, na qualidade de custos vulnerabilis, em todos os processos envolvendo criminalização de integrantes dos movimentos sociais. A intervenção como custos vulnerabilis visa reequilibrar a relação processual penal, bem como atuar como importante ator na formação de precedentes que possam interessar os grupos de vulneráveis que representa.

Por fim, o trabalho que tem por título “VIDAS DESVASTADAS: DESASTRES AMBIENTAIS, DESLOCAMENTO FORÇADO E A PERSPECTIVA DE CRIMES CONTRA A HUMANIDADE”, dos autores Débora Guimarães Cesarino, Emanuelle de Castro Carvalho Guimarães e Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, apresenta reflexões sobre a

possibilidade do deslocamento forçado de pessoas causado por desastres ambientais oriundos de atividades empresariais serem classificados como crimes contra a humanidade. Por conseguinte, fez-se necessário estudar como ocorrem esses deslocamentos e suas consequências às populações atingidas, correlacionar essa conduta com os crimes contra a humanidade previstos art. 7, 1, d, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, bem como analisar se esse enquadramento pode sujeitar as empresas violadoras às sanções penais internacionais. A metodologia utilizada foi a jurídico-teórica e o procedimento dedutivo, juntamente com a ampla pesquisa bibliográfica e documental. Considerando que a proteção do meio ambiente deve ser uma preocupação comum de toda a humanidade, conclui-se, por fim, que a criminalização expressa dessas ações causadas por empresas, com consequente julgamento pelo Tribunal Penal Internacional, traria uma resposta mais eficiente às vítimas, além de auxiliar na jornada de todos rumo a um futuro mais seguro e ecologicamente consciente.

Como o leitor pode observar, tratam-se de temas atuais e ecléticos, e que, por certo, contribuirão para reflexões críticas acerca do atual estágio do direito e do processo penal.

Excelente leitura.

Inverno de 2024.

Organizadores

Bartira Macedo Miranda/UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIAS

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro/ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA

Thais Janaina Wenczenovicz/UNIVERSIDADE ESTADUAL DO RIO GRANDE DO SUL e  
UNIVERSIDADE DO OESTE DE SANTA CATARINA

**A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS ASPECTOS PENAIS E DO PROCESSO PENAL. ALCANCES E LIMITES PARA O LEGISLADOR ORDINÁRIO EM MATÉRIA PENAL**

**THE FEDERAL CONSTITUTION AND THE PENAL AND CRIMINAL PROCEDURE ASPECTS. SCOPE AND LIMITS FOR THE ORDINARY LEGISLATOR IN CRIMINAL MATTERS**

**Luiz Gustavo de Oliveira Santos Aoki <sup>1</sup>**  
**Antonio Carlos da Ponte <sup>2</sup>**

**Resumo**

O artigo examina minuciosamente a evolução histórica dos aspectos materiais do direito penal e processual penal à luz dos preceitos constitucionais, delineando os limites e extensões para a atuação do legislador ordinário. Ao adotar uma abordagem indutiva-histórica, o estudo analisa uma gama de fontes, incluindo documentos históricos, contribuições doutrinárias, jurisprudência e legislação pertinente. Conclui-se que o legislador não deve apenas criar, mas identificar e fortalecer os interesses relevantes, estabelecendo, assim, um critério de restrição ao ímpeto punitivo estatal. Tal compreensão visa não apenas a limitar a intervenção penal às necessidades reais da sociedade, mas também a salvaguardar os valores constitucionais, direitos fundamentais e os direitos individuais. Dessa forma, o artigo oferece uma análise crítica sobre o papel do legislador na formulação e aplicação do direito penal, contribuindo para o debate sobre a necessidade de equilibrar o poder estatal com os princípios democráticos, efetivação dos direitos e as garantias fundamentais estabelecidas pela Constituição Federal.

**Palavras-chave:** Direito penal, Legislação ordinária, Constituição federal, Direito processual penal, História penal

**Abstract/Resumen/Résumé**

The article meticulously examines the historical evolution of the substantive aspects of criminal and procedural law in the light of constitutional principles, delineating the boundaries and extents of ordinary legislative action. By adopting an inductive-historical approach, the study analyzes a range of sources, including historical documents, doctrinal contributions, case law, and relevant legislation. It is concluded that legislators should not only create but also identify and strengthen relevant interests, thus establishing a criterion for restricting state punitive impulses. Such understanding aims not only to limit criminal

---

<sup>1</sup> Doutorando (PUC-SP e FADISP). Mestre (PUC e IDP). Professor Assistente de Direito Penal e Processo Penal da pós-graduação (PUC-SP). Oficial de Registro Civil de Pessoas Naturais de Tocantins. E-mail: gustavosantosaoki@gmail.com.

<sup>2</sup> Mestre, Doutor e Livre Docente (PUC-SP). Professor dos Programas de Graduação e Pós-Graduação da PUC-SP e da UNINOVE.

intervention to the real needs of society but also to safeguard constitutional values, fundamental rights, and individual rights. Thus, the article offers a critical analysis of the legislator's role in formulating and applying criminal law, contributing to the debate on the need to balance state power with democratic principles, the realization of rights, and the fundamental guarantees established by the Federal Constitution.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Criminal law, Ordinary legislation, Federal constitution, Criminal procedural law, Criminal history

## INTRODUÇÃO

Há diversas formas de se analisar um problema, sobretudo quando o mesmo *tem natureza híbrida*, isto é, *abstrato e concreto ao mesmo tempo*, fazendo com que a nossa ciência do direito seja mesclada, característica uma ciência social aplicada. A escolha do presente artigo é analisar, através da visão histórica, a construção teórica das constituições federais do Brasil em relação à legislação penal, bem como o desenvolvimento dos limites concretos para o legislador ordinário, isto é, os limites da atuação do poder constituinte reformatório em matéria infraconstitucional.

Além da metodologia histórica, o presente artigo terá como utilização a metodologia indutiva, com perspectiva histórica, com análise de documentos históricos, doutrina, jurisprudência e legislação atinentes à matéria.

Discorrer-se-á sobre a evolução histórica do Direito Penal e o Processo Penal em face da construção constitucional do Brasil, perpassando sobre o Brasil Império até a constituição federal de 1988, isto é, a constituição cidadã.

Após, adentrar-se-á na dimensão dos direitos humanos, pós segunda guerra mundial, e a evolução dos direitos fundamentais relacionados à estrutura penal do sistema jurídico brasileiro, bem como os reais limites reformatórios do legislador ordinário, dentro da ótica das velocidades do direito penal, bem como o bem jurídico tutelado pelo código penal.

## 2. Evolução Histórica do Direito Penal e Processual Penal em Face das Constituições

A Constituição de 1824 surge num período histórico marcado por revoluções em diversos países do mundo. As ideias iluministas se espalhavam e já influenciavam a criação de diplomas jurídicos como as Constituições americana e francesa, bem como o projeto de legislação criminal proposto em Portugal por Melo Freire que, apesar de jamais ter saído do papel, pode ser considerado um grande avanço em matéria de Direito Penal para a época.

Embora a Constituição do Império pregasse a igualdade e a liberdade, o regime escravocrata foi mantido, sendo os escravos tratados como mero objeto, e não como sujeitos de direito. Na época, o Brasil era um país eminentemente agrário, com latifúndios, sendo utilizado, em regra, o trabalho escravo ou de semi-servidão, sustentáculo importante do desenvolvimento econômico.

Para esta Constituição, a condenação criminal, enquanto durassem seus efeitos, somente suspendia os direitos políticos quando consistente em penas de prisão ou degredo. Já era prevista a imunidade parlamentar para os delitos contra a honra praticados no exercício de suas funções, não podendo eles serem presos por autoridade alguma, salvo por ordem da respectiva câmara, ou em flagrante delito de crime apenado com morte.

Como reflexo da influência de Cesare Bonesana, foram previstos constitucionalmente os princípios da legalidade e do devido processo legal, resultando no primeiro artigo do Código Criminal do Império que não haveria crime ou delito sem uma lei anterior que o qualifique. Cabe afirmar que foi aqui abolida a tortura, os açoites, e demais penas cruéis, bem como estabeleceu-se o princípio da intranscendência da pena.

O Código Criminal do Império, fruto do mandado de Codificação previsto no artigo 179, XVIII da Constituição vigente à época, baseados na justiça e equidade, notadamente pautado por garantias previstas nesta Lei Maior, quebra um antigo paradigma, sendo a regra agora permitir às pessoas fazerem tudo o que a lei não proibida, punindo-se somente o que fosse realmente necessário.

Foi estabelecido pelo Código em comento um patamar único para a imputabilidade pela idade (art. 10), de 14 anos. Nas ordenações do Reino, a imputabilidade em razão da idade variava conforme o crime, e conforme o sexo do agente.

Não obstante a letra da Constituição preceituar que a disposição da lei não terá efeito retroativo, seguindo uma interpretação sistemática desta Carta Magna, o Código Criminal do Império estabeleceu que ele retroagirá apenas para beneficiar o réu (art. 309).

A primeira Constituição Republicana do país, datada de 1891, foi criada em um contexto histórico onde havia uma substancial insatisfação com o modelo até então vigente no país. A monarquia, de cunho conservador, acabava alijando as camadas populares do centro das decisões políticas, sendo certo que o direito de votar e de ser votado era adstrito apenas e tão-somente aos possuidores de determinado patrimônio. Assim, somente uma pequena elite ocupava os melhores cargos do governo, enquanto a maioria da população era analfabeta e não tinha qualquer ingerência nas decisões do Estado. Diante deste cenário, não há dúvidas que as leis elaboradas neste período serviam como instrumento posto a favor dos favorecidos, como forma de repressão aos marginalizados da sociedade.

Em estudo acerca da Constituição de 1891, João Gustavo Bachega Masiero e Henrique Carani Coube<sup>1</sup> apontam três fatores fundamentais na eclosão da história da República brasileira, quais sejam: 1) a abolição da escravidão, 2) a questão militar, 3) a questão religiosa.

A Constituição de 1891, em seu artigo 1º, adotou a forma de governo republicana<sup>2</sup> e a forma de estado federativo<sup>3</sup>, caindo por terra, portanto, a monarquia e o poder centralizado. Com consta no artigo 2º da referida Constituição, as antigas províncias passaram a se chamar Estados e o Rio de Janeiro (chamado de Município Neutro) passou a se chamar Distrito Federal, sendo a capital da União. Assim, extinguiram-se todas as disposições referentes ao poder moderador.

Especificamente em relação ao Poder Legislativo, no artigo 16, havia a previsão do bicameralismo, que subsiste até a presente data. Deputados e senadores eram invioláveis em suas opiniões e palavras proferidas no exercício do mandato. Havia necessidade de licença prévia da Câmara para que eles fossem presos ou processados criminalmente, exceto na hipótese de flagrante por crime inafiançável. Neste caso, a autoridade processante deveria remeter os autos à Câmara para que esta possa resolver sobre a procedência da acusação, se o acusado não optasse pelo julgamento imediato (artigo 20).

A Constituição previa a competência da Justiça Federal, cabendo a lei de cada Estado estabelecer a análise da competência estadual, responsável por legislar em matéria processual, devendo apenas observar os limites da competência federal estabelecida pela Constituição<sup>4</sup>. Assim, passou-se a se distinguir entre crimes de competência da Justiça Federal, e Crimes da Justiça Estadual.

Em matéria penal, é importante mencionar que, no artigo 72, foi estabelecido que nenhuma pena passará da pessoa do delinquente (§19)<sup>5</sup>, sendo abolida a pena de galés e do banimento judicial (§20), bem como a pena de morte, com exceção das hipóteses previstas na legislação militar em tempo de guerra (§21).

---

<sup>1</sup> MASIERO, João Gustavo Bachega; COUBE, Henrique Canari. **A Constituição dos Estados Unidos do Brasil** (1891). In: GOMES, Júlio de Souza; ZAMARIAN, Livia Pitelli (organiz.). **As Constituições do Brasil: análise histórica das constituições e de temas relevantes ao constitucionalismo pátrio**. São Paulo: Boreal Editora, 2012, p. 19-33.

<sup>2</sup> “A Monarquia tinha como principais características a hereditariedade na transferência de poder e a vitaliciedade do governante, que reinava de forma absoluta e irresponsável. Com o passar do tempo, novos critérios distintivos da República foram sendo criados, entre os quais a alternância no poder e o caráter representativo do Chefe de Estado” (NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 356).

<sup>3</sup> “A federação é uma forma de Estado na qual há mais de uma esfera de poder dentro de um mesmo território. No Estado federativo, os entes políticos que o compõem possuem autonomia, sendo o poder de cada um deles atribuído pela Constituição” (NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 356).

<sup>4</sup> MASIERO, João Gustavo Bachega; COUBE, Henrique Canari. *Op. cit.*, p. 28.

<sup>5</sup> Previsão já existente no artigo 179, inciso XX, da Constituição de 1824, conforme anteriormente abordado.

Pela primeira vez, a garantia do *habeas corpus* foi constitucionalizada, sendo que o artigo 72, §2º, da Constituição de 1891 estabelecia que “dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em eminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder”.

Diante de tal redação, parcela da doutrina, adepta à corrente renovadora, passou a defender que o *habeas corpus* seria hábil a tutelar qualquer direito ameaçado do cidadão, não estando adstrito apenas à liberdade de locomoção, tendo em vista que o texto constitucional não era expresso neste sentido. Entretanto, o STF, seguindo a corrente tradicional, conferia interpretação restritiva ao citado dispositivo, reconhecendo não ter havido alteração no que anteriormente estava previsto no Código de Processo Criminal de 1832, entendendo portanto, que o *habeas corpus* seria cabível apenas nos casos em que alguém sofresse ou estivesse em iminente perigo de sofrer ofensa a sua liberdade de locomoção.

Com base neste cenário, a revisão constitucional de 1926 mudou a redação do referido dispositivo, passando a adotar expressamente a corrente tradicional. A crítica que se faz a essa alteração é no sentido de que, embora tenha sido feita essa restrição à utilização da garantia do *habeas corpus*, não foi prevista outra garantia capaz de tutelar a violação a direitos fundamentais quando não houvesse violação ou ameaça de violação à liberdade de locomoção<sup>6</sup>.

Tocante ao Código Penal Republicano, a Constituição Republicana não irradiou influências diretas em sua elaboração, pois promulgada cerca de um ano depois da entrada em vigência deste Código. Apenas contribuiu para que o recém aprovado Código sofresse uma desatualização precoce. Conforme ressaltado, esta Constituição não recepcionou as penas de galés, banimento e de morte, com ressalvas quanto à esta última aos crimes militares em tempo de guerra.

Na tentativa de salvar este Código, adaptando-o à nova ordem Constitucional, diversas leis extravagantes foram criadas, formando-se um verdadeiro emaranhado de normas. Coube ao Desembargador Vicente Piragibe realizar a incorporação dessas leis esparsas ao Código Penal de 1890, nascendo assim a Consolidação das Leis Penais, conforme o decreto 22.213, de 14 de dezembro de 1932.

Neste sentido, expõe Basileu Garcia que o vultoso número de leis baixadas em complemento ao Código Penal de 1890, criando excessiva quantidade de disposições, dificultavam a solução dos problemas jurídicos, eis que embaraçosa a sua consulta, e árdua a obrigação de lidar com elas:

---

<sup>6</sup> GROFF, Paulo Vargas. Direitos Fundamentais nas Constituições, **Revista de Informação Legislativa**, 2008, p. 110.

O Desembargador Vicente Piragibe consolidou essas leis, e o seu trabalho recebeu cunho oficial, pelo Decreto 22.213, de 14 de dezembro de 1932. A Consolidação das Leis Penais passou a ser o novo estatuto penal brasileiro: eram assim enfeixados em um só corpo o Código de 1890 e as disposições extravagantes. A numeração dos artigos do Código foi conservada, colocando-se em parágrafos os preceitos inovadores. Para bem se distinguir, na Consolidação, a proveniência dos textos, os dispositivos do Código foram impressos em determinado tipo gráfico e os das leis posteriores em caracteres diferentes, com realce. Teve grande utilidade êsse empreendimento de metodização e síntese. Mas prosseguiu a faina legislativa, e muitos decretos-leis, em matéria criminal, continuaram sendo publicados. As últimas edições da Consolidação Piragibe inseriam, em adendo, êsses textos subsidiários.<sup>7</sup>

A Constituição de 1934 estabelece em seu artigo 5º, inciso XIX, alínea “a”, que cabe à União legislar sobre o direito processual, rompendo assim com o modelo norte-americano neste aspecto, pois com esta previsão, criar-se-ia um único diploma processual penal para todo o território brasileiro.

O Art. 11 das Disposições transitórias enfatiza que o Governo, uma vez promulgada a Constituição de 1934, deverá “nomear uma comissão de três juristas, sendo dois ministros da Corte Suprema e um advogado para, ouvidas as Congregações das Faculdades de Direito, as Cortes de Apelações dos Estados e os institutos de Advogados, organizar dentro de três meses um projeto de Código Civil e Comercial; e outra para elaborar um projeto de Código de Processo Penal.”

A competência do Presidente da República para perdoar e comutar penas criminais em geral (Art. 56, §3º) foi estendida por esta Constituição, já que a antecedente restringia a sua competência para indultar e comutar penas somente nos crimes sujeitos à jurisdição federal.

Ainda, é nesta Constituição que foi adicionado como crime de responsabilidade do Presidente da República, os seus atos que atentarem contra o cumprimento das decisões judiciárias (Art. 57, “i”), inclusão esta que persiste até a vigente Constituição Federal de 1988 (Art. 85, VII).

Notável mudança tocante ao foro especial deu-se ao julgamento de Presidente da República nos crimes de responsabilidade, sendo anteriormente julgado pelo Senado, e com a Constituição de 1934, por um Tribunal Especial, composto por nove juízes, sendo três Ministros da Corte Suprema, três membros do Senado Federal, e três membros da Câmara dos Deputados. (Art. 58)

O artigo 68 da referida Constituição dispunha ser vedado ao Poder Judiciário conhecer questões exclusivamente políticas. Sobre o assunto, Renan Duarte Nogueira aponta ser esta a principal estratégia utilizada para a manutenção do poder dos agentes políticos, sobretudo em

---

<sup>7</sup> GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. Vol. I, Tomo I, 4ª edição, Editora Max Limonad, 1973. p. 126

regimes antidemocráticos: imuniza-lo do controle do Judiciário; e o principal ponto de ataque para atingir esse objetivo é mitigar a sua independência e a autonomia.<sup>8</sup>

Deu-se igualmente a institucionalização do Ministério Público, estando subordinado ao judiciário, cabendo à lei federal organizar o Ministério Público na União, no Distrito Federal e nos Territórios, e às leis locais organizar o Ministério Público nos Estados. (Art. 95) Interessante anotar que os membros do Ministério Público da união que servissem nos Juízos comuns seriam nomeados por concurso. (Art. 95, parágrafo 3º).

Outra novidade relevante foi a previsão do quinto constitucional no artigo 104, parágrafo 6º, onde à composição dos tribunais superiores seriam reservados lugares correspondentes a um quinto do número total aos advogados ou membros do Ministério Público de notório merecimento e reputação ilibada, escolhidos de uma lista tríplice, votada pelo tribunal por escrutínio secreto.

O artigo 113, n.32 previu a criação pela União e Estados de órgãos especiais de assistência judiciária aos necessitados, assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos. Eis o embrião da Defensoria Pública.

Outros destaques com influências penais e processuais penais desta Constituição podem ser notados, por exemplo: da proibição de criação de tribunais de exceções, bem como de foro privilegiados (Art. 113, “25”); do direito de petição aos poderes públicos, para denunciar abuso de suas autoridades (Art. 113, “10”); da abolição da prisão por dívidas, multas ou custas (Art. 113, “30”); do mandado de segurança para a defesa do direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade (Art. 113, “33”)

Em um histórico retrocesso, a Constituição de 1937, denominada de “Constituição Polaca” em virtude de suas muitas semelhanças ao modelo semifascista polonês, foi outorgada por Getúlio Vargas. I,

O art. 122 n. 13 desta Constituição dispusera que, além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, "poderia" a lei prescrever a pena de morte, não só para alguns casos de crimes políticos, que vinham enumerados, como para o de "homicídio Cometido por

---

<sup>8</sup> NOGUEIRA, Renan Duarte. O Poder Judiciário no Brasil República, antes e depois da Constituição Federal de 1988: independência e autonomia. **Âmbito Jurídico**. 01 de setembro de 2016. [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17830](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17830), acesso em 26 de abril de 2024.

motivo fútil e extremos de perversidade". Era uma norma facultativa, dirigida ao legislador ordinário.<sup>9</sup>

Com extrema semelhança ao poder moderador, o artigo 87 desta Constituição estabelecia que o Presidente da República não poderia, durante o exercício de suas funções, ser responsabilizado por atos estranhos às mesmas.

Mantinha a vedação à prisão e ao processo criminal contra parlamentar, sem licença da respectiva câmara, salvo em caso de flagrante de crime inafiançável (art. 42). No entanto, estabelecia seu artigo 43 que só perante a sua respectiva Câmara responderão os membros do Parlamento nacional pelas opiniões e votos que, emitirem no exercício de suas funções; não estarão, porém, isentos da responsabilidade civil e criminal por difamação, calúnia, injúria, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime. Desta forma, restringia-se a liberdade de atuação do poder legislativo.

Houve uma paralisação legislativa, eis que esta Constituição estabelecia caber ao Governo a iniciativa de projetos de lei, sendo vedado aos membros de qualquer das Câmaras tal iniciativa.

O atual Código Penal foi posto em vigência sob a égide desta Constituição (com a ressalva da Reforma de sua parte geral), bem como o Código de processo penal.

Com o fim do período republicano autoritário, a Constituição de 1946 restabeleceu os valores democráticos de 1934, vigendo até 1967, não obstante virar letra morta com a instituição do Golpe militar de 1964.

Esta Constituição, a mais democrática do Brasil, garantiu o direito de livre expressão sem medo de censura, voltou a estar previsto a inviolabilidade do sigilo (para fins lícitos) e a proteção dos direitos do cidadão independente de suas convicções religiosas, filosóficas ou políticas. Aboliu-se novamente a pena de morte, com a ressalva quanto aos crimes de guerra. Volta a soberania do Tribunal do Júri.

Não se trata de influência Constitucional na legislação penal ou processual penal, mas cabe trazer um dispositivo que chama atenção, tocante ao pagamento de verbas dos Deputados e Senadores proporcionalmente ao comparecimento dos parlamentares às suas respectivas casas. (art. 47, parágrafo único).

Durante o regime militar, por intermédio do Ato Institucional n. 04, o Congresso Nacional, já com os membros da oposição afastados, recebeu a atribuição de poder constituinte

---

<sup>9</sup> MOURA, G. de Almeida. O Código Penal e a Pena de Morte, **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, Volume 36, nº 3, 1941.

originário, elaborando, sob a pressão dos militares, uma Carta Constitucional (1967) que buscou legalizar e institucionalizar o regime militar consequente do Golpe de 1964.

Esta Constituição (1967), alterada pela emenda de 1969, a qual parte da doutrina entende ser esta emenda uma nova Constituição (discussão que não cabe ser abordada no presente trabalho), surgiu para dar legitimidade aos Atos Institucionais; para dar uma feição oficial aos atos e decretos expedidos pelos militares que ocupavam o poder.

Diante deste modelo constitucional, aquilo de maior influência ao direito penal e processo penal reside no Ato Institucional n. 05, onde o Presidente da República poderia decretar recesso parlamentar e assim, legislar sobre todas as matérias; decretar intervenções federais sem as limitações constitucionais, suspender direitos políticos de cidadãos e cassar mandatos eletivos.

Apesar de previstas pela Constituição emendada de 1969, o AI-05 suspendia as garantias constitucionais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade dos magistrados, enfraquecendo o judiciário em proporção sem razão. Poderia assim, o Presidente, demitir, aposentar, por em disponibilidade os titulares destas garantias.

Outrossim, foi suspensa a garantia de habeas corpus nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular. Excluiu-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional (AI-05), e seus atos complementares, bem como os respectivos efeitos. O Ato Institucional 13 e 14 instituíram a pena de banimento, que seria aplicável a qualquer brasileiro que se tornasse inconveniente, nocivo ou perigoso à segurança nacional, e a pena de morte para os casos de guerra externa, psicológica adversa, revolucionária ou subversiva. Pelo AI-13, também fora afastada a apreciação judicial em relação ao banimento.

Já a Constituição Federal de 1988, cujo viés é substancialmente diferente da que permeava a sociedade à época da entrada em vigência do atual Código Penal e de Processo Penal, trouxe novos institutos e suscitou novos princípios, e entre a Constituição que orientava a nação quando do surgimento dos referidos Códigos e a atual, nossa sociedade experimentou períodos de muita agitação, tanto política quanto institucional, ora sob regimes autoritários ora sob regime mais democrático.

A Constituição de 1988 encerra diversos princípios e garantias, com ideários de maior participação popular e uma sábia preocupação, visto os anos de exceção que a antecederam, com a afirmação de direitos e garantias individuais. Devendo, como evidencia Rocha, as normas dos Códigos Penal e de Processo Penal, estarem em justa sintonia com as garantias que a Constituição estabelece — com destaque às incrustadas no artigo 5º e incisos (dos Direitos e

Deveres Individuais e Coletivos) e artigo 93, IX (da fundamentação das decisões judiciais), entre outras.<sup>10</sup>

Exemplo disto se dá em diversos artigos, em que a lei faculta ao juiz atuar de determinada maneira, quando, sob a perspectiva da interpretação da Constituição atual, deve-se ler “deverá” onde se está escrito “poderá”, não restando uma faculdade ao juiz, mas um dever, como nos seguintes artigos:

Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, **poderá** diminuí-la de um sexto a um terço. (Código Penal)

Art. 24 (Estado de necessidade) § 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena **poderá** ser reduzida de um a dois terços. (Código Penal)

Art. 147. O juiz **poderá**, de ofício, proceder à verificação da falsidade. (Código de Processo Penal)

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, **poderá** ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que (Código Penal) – cumpridos requisitos deste artigo;

## 2. ALCANCES E LIMITES PARA O LEGISLADOR EM MATÉRIA PENAL

### 2.1 Gerações de Direitos Humanos e a Atuação Estatal

Para se compreender os limites e alcances do legislador ordinário em matéria penal, é necessária uma leitura histórica acerca da evolução das gerações dos direitos fundamentais nas Constituições brasileiras. À esta evolução denota-se um aumento cumulativo, pois há um aumento progressivo da dignidade humana objeto de proteção, em um nítido processo de acúmulo, visto que as proteções das gerações anteriores se somam às posteriores, não sendo por elas anuladas.

Os direitos fundamentais de primeira geração surgiram com a ideia de Estado de Direito, submetido à uma Constituição. Distante da Hegemonia de um soberano, cuja vontade era a lei, concebeu-se um Estado em que as funções do poder fossem atribuídas a órgãos distintos, impedindo a concentração de poderes e o arbítrio de uma só pessoa ou de um grupo de pessoas. Concomitantemente ao constitucionalismo, ao Estado de Direito, surgem esses direitos fundamentais de primeira geração, também denominados de direitos civis, ou individuais e

---

<sup>10</sup> JÚNIOR, Almério Carvalho. Código de Processo Penal está em contradição com a Constituição. **Revista Consultor Jurídico**. 05 de junho de 2008. Acesso em 24 de abril de 2024. <[http://www.conjur.com.br/2008-jun-05/codigo\\_processo\\_penal\\_contradiz\\_constituicao](http://www.conjur.com.br/2008-jun-05/codigo_processo_penal_contradiz_constituicao)>

políticos. São, em suma direitos de defesa do indivíduo perante o Estado. Seu enfoque é definir uma área de domínio do Poder Público, simultaneamente à área de domínio do poder individual, na qual estaria forjado um território absolutamente inóspito a qualquer inserção estatal. São em regra os direitos civis e políticos no qual estão inseridos o direito à vida, à intimidade, à inviolabilidade de domicílio, entre outros. Trata-se de uma ideologia de afastamento do Estado das relações individuais e sociais. O Estado deveria ser apenas o guardião das liberdades, permanecendo longe de qualquer interferência no relacionamento social. São as chamadas “liberdades públicas negativas” ou “direitos negativos”, pois exigem um não fazer, um não agir, uma abstenção por parte do Estado. Em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão apresentam fortes exemplos dessa geração, como o direito de propriedade, sem qualquer limitação, eis que ainda ausentes as ideias de função social da propriedade.<sup>11</sup>

Assim, com a 1ª geração de Direitos Humanos, a Constituição passa a desenvolver uma série de Direitos Humanos, sobretudo para salvaguarda de direitos individuais. Foi uma característica muito forte das Constituições do século XIX e de algumas do século XX. Funcionam como direito de resistência e direito de titularidade. A Constituição estabelece um mínimo que deve ser observado em relação aos direitos individuais.

Nesta primeira geração de direitos humanos o papel do direito penal é daquilo que o Estado tem a obrigatoriedade de observar, ou seja, uma pauta mínima de Direitos Humanos. É o que conhecemos como direito penal de primeira velocidade. Exemplo disto é o Código Penal de 1940, antes da reforma de 1984, que não trazia previsão das penas restritivas de direito.

Cumprir salientar que estes direitos de primeira geração é resultado da reação do indivíduo frente à opressão de Estado absolutista, tendo como principal expoente a Revolução Francesa.

A partir de meados do século XIX, observou-se que o modelo jurídico criado para sustentar a nova realidade político econômica, produzida pela junção dos ideais da Revolução Francesa em meio ao contexto da Revolução Industrial, era insuficiente para a pacificação dos conflitos sociais. A igualdade meramente formal, a propriedade privada visto como direito sagrado e absoluto, e a ampla liberdade de contratar, em um cenário de crescente industrialização, geraram distorções que conturbaram a sociedade de então, fazendo com que houvesse um acentuado enriquecimento de poucos e grande empobrecimento e miséria de muitos, fato este reforçado ainda pela mecanização da produção, substituindo os trabalhadores por máquinas, acelerando o desemprego em massa, enquanto os que conseguiam se manter nos

---

<sup>11</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David e JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**, 14ª Edição, Editora Saraiva, 2010, p. 138.

empregos laboravam em péssimas condições de trabalho, notadamente ante à ausência de interferência Estatal, dada sua inércia de produção legal neste sentido.

Jornadas de trabalho de mais de quinze horas, inclusive para mulheres e crianças, sem distinções, “salário mínimo, férias, nem mesmo descanso regular. O trabalho infantil era aceito e as crianças eram submetidas a trabalhos braçais como se adultos fossem.”<sup>12</sup>

Como resposta à estes marginalizados, os quais constituíam a ampla maioria da sociedade à época, os Estados foram sendo gradualmente forçados a reconhecer direitos econômicos, culturais e sociais, como direitos à proteção contra o desemprego, condições mínimas de trabalho, direito à educação básica, direito à assistência na saúde e na velhice, direito à saúde, entre outros, que ficaram conhecidos como “direitos de igualdade”, ou liberdades reais, concretas, materiais, visando não tão somente a igualdade formal, mas agora uma igualdade material. Exigia-se do Estado uma atuação positiva, um dever de fazer, nítidas prestações positivas para a redução das desigualdades. Nascia assim, o Estado Social ou do Bem Estar Social, voltado não apenas para a garantia de um mínimo de liberdade, mas também para a promoção social, brotando-se os direitos fundamentais de segunda geração.<sup>13</sup>

Se os direitos de primeira geração tinham como preocupação principal a liberdade contra o arbítrio estatal, os de segunda geração partem de um patamar mais evoluído, onde o homem, liberto do jugo do Poder Público, reclama agora uma nova forma de proteção de sua dignidade, qual seja, a satisfação das necessidades mínimas para que se tenha dignidade e sentido na vida humana. A posição inicial, de Estado apenas como policial das atividades negativas, recebe novo enfoque, diametralmente oposta, onde em vez de se abster, deve se fazer presente, mediante prestações que venham imunizar o ser humano de injunções dessas necessidades mínimas que pudessem tolher a dignidade de sua vida.<sup>14</sup>

O direito penal passa a ter uma influência enorme sobre a segunda geração de direitos humanos, que está vinculada aos direitos sociais. Nesta segunda geração, há uma modificação na titularidade desses direitos, que deixa de ter caráter individual, e passa a ter titularidade à alguns grupos. Está associado ao bem-estar social.

Desta forma, o que se exige nessa segunda geração de direitos humanos, em que há a preocupação com o bem-estar social, é uma atuação estatal efetiva. Exige uma prestação material por parte do Estado para assegurar os bem-estar social. Ex. construção de hospitais, moradias, desenvolvimento de políticas públicas sobre a infância, escolas.

---

<sup>12</sup> ARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**, Editora Atlas, São Paulo, 2008, p. 42.

<sup>13</sup> ARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**, Editora Atlas, São Paulo, 2008, p. 3.

<sup>14</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David e JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Op. Cit.* p. 139.

Para grande parte dos doutrinadores e estudiosos do direito, o direito penal não passa por essa segunda geração.

No entanto, o Direito Penal não deve se preocupar unicamente em incriminar e punir comportamentos. Quando há um discurso sobre construção de políticas públicas, o direito penal deve ter um compromisso com direitos sociais, e principalmente com construção de políticas públicas vinculada à salvaguarda dos direitos sociais.

Exemplo disso é a Lei de Improbidade Administrativa; Lei de licitações, entre outras, prova inequívoca de que os direitos sociais devem ser objeto de tutela por parte do direito penal.

Uma segunda demonstração da necessidade de implementação dessas políticas públicas tuteladas pelo direito penal é a dificuldade em se estabelecer a punição do enriquecimento ilícito. Isto demonstra que o Estado não conseguiu frear a corrupção. Aqui tem-se de ter uma mudança no papel do direito penal, que não deve ser apenas retrospectivo, mas também prospectivo, de forma que, por exemplo, o investigado ou acusado deve provar que o dinheiro foi adquirido de forma lícita. Assim, os direitos de 2ª geração precisam da salvaguarda do direito penal, devendo ser ampliado o alcance do legislador ordinário para sua efetiva proteção.

Veio à tona a pauta da terceira geração dos direitos fundamentais notadamente após o terror das duas grandes guerras mundiais, e do holocausto, momento em que a paz foi o centro das discussões internacionais. Na mesma época, o crescimento da industrialização trazia a preocupação com a poluição desenfreada, bem como aumentava o abismo econômico entre os países desenvolvidos e os subdesenvolvidos.

Isto posto, nota-se que a diferença primordial da terceira geração de direitos fundamentais para as anteriores reside em que a sua defesa não consiste na tutela do direito de liberdade de um indivíduo frente ao Estado, ou pela implementação de direitos de uma determinada categoria desfavorecida, mas sim na defesa dos direitos de direitos de toda a humanidade, onde os Estados devem respeitá-los, independentemente de vínculo de nacionalidade de seus titulares e de eles se encontrarem ou não em seu território, compreendendo inclusive as gerações futuras.

A terceira geração de direitos humanos já encontra uma preocupação maior pelo direito penal. São os direitos transindividuais, de titularidade difusa, em que o titular é a coletividade, como por exemplo o meio ambiente ecologicamente equilibrado; o direito do consumidor; o respeito incontinente à saúde. Esta geração é vinculada diretamente àquilo que se apregoa em relação à segunda geração uma vez que exercem um papel muito próximo.

Os direitos sociais e os direitos transindividuais de titularidade difusa (segunda e terceira geração de direitos fundamentais) não podem trabalhar com a Constituição como limite, mas

como ponto de partida. E é dentro desta discussão que se encontram os mandados de criminalização, bem como onde se discute as velocidades do direito penal.

## **2.2 Breve Síntese Sobre as Velocidades do Direito Penal**

As velocidades do Direito Penal foram bem desenvolvidas pelo Professor Silva Sanches, segundo o qual, em síntese:

Na primeira velocidade, o Direito Penal estabelece uma pena ao autor de uma infração penal. Representada pela pena privativa de liberdade.

A segunda velocidade é representada pelas penas alternativas; basicamente às penas restritivas de direitos, e até mesmo por composição do litígio por intermédio de outras técnicas, como a mediação; transação.

A terceira velocidade seria representada pelo direito penal do inimigo. É uma forma radicalizada do racionalismo. Existem algumas violações que se mostram de uma gravidade tão grande, que o responsável pelas diretrizes dessa violação, deve ser tratado como inimigo, e por isto é possível a transigência de algumas regras, é possível até mesmo a flexibilização de algumas garantias.

Quando se fala em violação de direitos individuais, é aceitável o direito penal retrospectivo. Aqui o Direito Penal exerce um papel efetivo e de forma correta. A Constituição pode trabalhar como limite. Porém, quando se trabalha com direitos sociais e transindividuais, o Direito Penal deve ser prospectivo. Não se trabalha com a ideia de dano. Trabalha-se como ideia de evitar o dano. A Constituição não exerce um papel negativo, limitador.

Esta referida prospecção deve ser feita com extrema cautela, pois não se pode em nome do direito penal colocar fim à direitos e garantias que foram conquistadas com muita dificuldade no passar dos anos.<sup>15</sup>

A Constituição de 1946 estava muito além de seu tempo. Pois não funcionava como limite negativo; mas como fonte de atuação. A partir de 1988 há uma retomada aos valores estabelecidos por intermédio da Constituição de 1946.

---

<sup>15</sup> Neste diapasão, importa mencionar o projeto de novo Código Penal, o qual tem grandes dificuldades de âmbito filosófico, uma vez que em alguns pontos trabalha com a Constituição como limite, em outros, como ponto de partida. A Constituição pode atuar como ponto de partida, ao invés de atuar como limite máximo, porém, no caso de se enfrentar as novas formas de criminalidade, a Constituição deve ser o ponto de partida. Neste caso, conforme abordado, o maior entrave reside no limite. O limite deve estar diretamente relacionado à uma pauta mínima de Direitos Humanos. No projeto de novo Código Penal, o legislador ordinário trabalha com novas formas de criminalidade, mas fica preso à forma tradicional de enfrentamento penal.

### 2.3 Bem Jurídico Penal Como Limite ao Legislador Ordinário

Para se analisar os limites e alcances atuais do legislador ordinário em matéria penal, é necessária uma análise genérica acerca do bem jurídico penal, também pelo seu histórico evolutivo. É deste conteúdo de bem jurídico penal que se extrai se a Constituição atuará como limite ou como ponto de partida para o legislador ordinário.

Na perspectiva teocrática, antes do Iluminismo, pecado e crime eram sinônimos. Com o advento do Iluminismo e o processo incipiente de tornar o Estado laico, esta concepção de crime começou a ser revista e correntes surgiram no sentido de o direito penal ser via imprópria para a tutela dos direitos coletivos. Um dos maiores contribuintes desta corrente, que é embasada em um conceito material de crime, foi Feuerbach<sup>16</sup>, que no início do século XIX apontava que a legitimidade do Estado era restrita à tutela de direitos subjetivos das partes do contrato social, sendo defeso ao direito penal incluir em seu escopo a tratamento dos interesses coletivos, pois o dano social da conduta criminosa seria dado mediante a violação de um direito subjetivo.

Apesar da sua inegável contribuição, esta corrente teve diminuída sua importância frente a uma nova proposição, cujo precursor foi Birnbaum, que propôs a primeira teoria referente à bem jurídico, conceituando-o como identificador, dentro de uma ideia individualista, do bem jurídico de interesses primários do indivíduo em sociedade.

Para este teórico, o crime era caracterizado pela ofensa aos interesses protegidos pela norma, que, por sua vez, deveria coincidir com os interesses que a sociedade considerava importantes, admitindo sua materialização na forma de crime de perigo ou dano, ou seja, introduziu-se neste debate o conceito de bem-jurídico e alargou-se a esfera tutelável pelo direito penal.

Binding, ignorando os avanços ideais advindos do Iluminismo, oferece outra concepção de bem jurídico, que desconsidera o interesse social em sua proteção, de modo que este passa a ser entendido como “o interesse que o legislador tivesse a intenção de tutelar, para a preservação da comunidade jurídica de acordo com o direito positivado vigente”<sup>17</sup>. A partir desta perspectiva, o delito se configuraria como uma lesão de um direito subjetivo do Estado,

---

<sup>16</sup> D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico, Coimbra, Editora Coimbra, 2005. p. 74.

<sup>17</sup> SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supraindividuais, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 55.

de modo a admitir que o conteúdo deste direito fosse escolhido pelo legislador, podendo fazê-lo de forma aleatória<sup>18</sup>.

Ao considerar esses preceitos, Binding sustentou que nem todos os bens fazem jus à proteção do direito penal, mas somente os bens jurídicos, ou seja, os que têm relevância jurídica, atribuída exclusivamente pelos legisladores, uma vez que são eles os responsáveis por selecionar os valores cuja defesa é importante para a sociedade.

Em retorno ao conceito de bem jurídico como proteção do indivíduo frente ao Estado, no período chamado “A Restauração”, Listz apresentou um conceito de delito baseado na pressuposição de que a existência do direito é advinda da vontade humana, tendo o direito penal a finalidade de proteger os interesses sociais essenciais, de modo que se entende por bem jurídico o conjunto destes interesses vitais da sociedade, que são produtos da vida e não do ordenamento jurídico.<sup>19</sup>

## CONCLUSÕES FINAIS

Assim, atribui ao legislador um papel diverso do conferido por *Binding*, ponderando que não cabe ao legislador a criação de interesses sociais, posto que a atividade legislativa é identificar os interesses pré-existentes e elevá-los à categoria de bem jurídico, logo, não cumpre ao legislador criar interesses relevantes, mas sim encontrá-los e erigi-los. Essa leitura do papel do legislador visa instituir um critério de limitação do anseio punitivo do Estado.<sup>20</sup>

Jakobs considerou o bem jurídico até mesmo desnecessário, fundamentando seu posicionamento na ideia de que o direito penal resume seu objetivo à garantia do ordenamento jurídico vigente.<sup>21</sup>

Pelo exposto, observa-se que o conceito de bem jurídico por si só não é suficiente para legitimar a criminalização de condutas, de forma que caso se eleve ao status de bem jurídico algo de valor duvidoso, subverte-se toda ordem do sistema jurídico, tornando-se assim imperioso que este conceito seja atrelado a outros, quais sejam, os princípios que regem o

---

<sup>18</sup> HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. **Bien jurídico y estado social e democrático de derecho** (el objeto protegido por la norma penal), 2ª edição, Santiago de Chile, Editora ConoSur, 1992, p. 46.

<sup>19</sup> HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. **Bien jurídico y estado social e democrático de derecho** (el objeto protegido por la norma penal). 2. ed. Santiago de Chile: ConoSur, 1992, p. 20.

<sup>20</sup> LUISI, Luiz. Bens constitucionais e criminalização. **Revista CEJ**, n. 4, abril 1998. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero4/artigo13.htm>>. Acesso em: 24 de abril de 2024.

<sup>21</sup> JAKOBS, Gunther. **O que protege o direito penal**: os bens jurídicos ou a vigência da norma? Direito penal e funcionalismo, Tradução André Luis Callegari, et. al. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 61.

direito penal, como intervenção mínima, ofensividade, dignidade penal, subsidiariedade, dentre outros.

Desta forma, pelo histórico da evolução do bem jurídico penal, observa-se que o que tem em comum em todas as teorias é que todas pretendem limitar o poder punitivo do Estado. Contudo, divergem quanto aos limites e contornos desta limitação.

No entanto, as acepções de bens jurídicos acima apresentadas mostraram-se deficientes para legitimação da intervenção penal na esfera do indivíduo, de modo que surgiram as teorias constitucionalistas do bem jurídico, as quais tem prevalecido hodiernamente.

Nesta perspectiva Dias aponta que o bem jurídico precisa se revelar em uma condição de analogia material com a Constituição e reivindicar um real juízo de necessidade de proteção para legitimar a intervenção penal, de modo que o bem jurídico não é um conceito imanente ao sistema, viabilizando sua função de servir como parâmetro crítico da criminalização. Ressalta ainda este autor que o bem jurídico deve ser axiologicamente consistente a ponto de permitir um processo essencial de análise da ofensa, o que corrobora o atingimento do seu papel crítico, concluindo que estas condições devem necessariamente coexistir para o reconhecimento de um valor como bem jurídico-penal.<sup>22</sup>

Roxin<sup>23</sup> afirma que bens jurídicos são “*circunstancias dadas a finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema*”.<sup>24</sup>

O texto Constitucional optou por adotar uma postura de conciliação entre os ideais liberais e sociais, de forma a se comprometer e concomitantemente garantir direitos individuais e sociais. Para o estudo do bem jurídico, a relevância desta opção constitucional reside no fato da própria Constituição apresentar princípios penais, ora dotados de caráter protetor do indivíduo frente ao Estado, ora destinados a compelir o Estado à criminalização, a fim de preservar a sociedade das ações danosas dos seus próprios membros.

Desta forma, observa-se que a Constituição, ao mesmo tempo em que não adotou nenhum conceito de bem jurídico-penal apresentado pelos teóricos tratados no início deste tópico, tampouco desprezou suas contribuições de forma a consagrar um bem jurídico-penal

---

<sup>22</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral, Coimbra, Editora Coimbra, 2004. p. 147.

<sup>23</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tradução Diego Manuel Luzón Pena, Liguél Díez y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Madri, Editora Civitas, 2003. p. 56.

<sup>24</sup> “circunstancias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no marco de um sistema global estruturado sobre a base dessa concepção dos fins ou para o funcionamento do próprio sistema” (tradução nossa)

que proteja o indivíduo da intervenção desproporcional do Estado e, simultaneamente, tutele a sociedade e os seus membros dos abusos de direito.<sup>25</sup>

É certo que o bem jurídico-constitucional é pressuposto do tratamento penal, que dele jamais pode se dissociar. A noção de bem jurídico implica em um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento humano. Partindo-se desta premissa, o bem jurídico-penal deve ter o seu conteúdo extraído da Constituição, pois caso lá não estiver no mínimo implícito, não é importante o suficiente para receber a tutela penal.

Por mais analítica que seja a Constituição Federal, não deve trazer em minúcias e detalhes o papel do legislador quanto à identificação de bens jurídico-penais a serem tutelados. Se o fizesse, engessaria o sistema jurídico e levaria ao desgaste das normas, dificultando a realização de justiça no caso concreto. Contudo, inegável que ela funciona como direcionador e limite razoável ao legislador nesta atividade de escolha dos bens jurídicos que merecem tratamento penal.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ARAUJO, Luiz Alberto David e JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**, 14ª Edição, Editora Saraiva, 2010.

ARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**, Editora Atlas, São Paulo, 2008.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico, Coimbra, Editora Coimbra, 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral, Coimbra, Editora Coimbra, 2004.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. Vol. I, Tomo I, 4º edição, Editora Max Limonad, 1973.

---

<sup>25</sup> STRECK, Lênio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal**: superando o ideário liberal-individualista-clássico. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15715-15716-1-PB.pdf>>. Acesso em 24 de abril de 2024.

GROFF, Paulo Vargas. **Direitos Fundamentais nas Constituições**, Revista de Informação Legislativa, 2008.

HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. **Bien jurídico y estado social e democrático de derecho** (el objeto protegido por la norma penal), 2ª edição, Santiago de Chile, Editora ConoSur, 1992.

JAKOBS, Gunther. **O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma?** Direito penal e funcionalismo, Tradução André Luis Callegari, et. al. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2005.

JARDIM, Tarcísio dal Maso. **O que é o Tribunal Penal Internacional** – artigos sobre o Tribunal Penal Internacional: seu papel, suas funções, suas bases jurídicas, Brasília: Câmara dos Deputados, Comissão de Direitos Humanos, Centro de Documentação e Informação – Coordenação de Publicações, 2000.

JÚNIOR, Almério Carvalho. **Código de Processo Penal está em contradição com a Constituição**. Revista Consultor Jurídico, artigo publicado em 05 de junho de 2008.

KREIBOHN, Patrícia Eugenia. **El terrorismo Contemporáneo como Problema Teórico: categorías de análisis, debates e interpretaciones**. In *Terrorismo Siglo XXI*. Buenos Aires: Ediciones Suárez, 2005.

LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Acesso à Justiça Penal no Estado Democrático de Direito**, Editora Juruá, Curitiba, 2008.

LUIZI, Luiz. **Bens constitucionais e criminalização**. Revista CEJ, n. 4, abril 1998.

MASIERO, João Gustavo Bacheга; COUBE, Henrique Canari. **A Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1891)**. In: GOMES, Júlio de Souza; ZAMARIAN, Livia Pitelli. (organiz.). **As Constituições do Brasil: análise histórica das constituições e de temas relevantes ao constitucionalismo pátrio**. São Paulo: Boreal Editora, 2012.

MOURA, G. de Almeida. O Código Penal e a Pena de Morte, **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, Volume 36, nº 3. 1941.

NOGUEIRA, Renan Duarte. O **Poder Judiciário no Brasil República, antes e depois da Constituição Federal de 1988**: independência e autonomia. *Âmbito Jurídico*. 01 de setembro de 2016. [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17830](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17830), acesso em 26 de abril de 2024.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Método, 2011.

POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras: 1934**. 3ª edição, Brasília: Senado Federal, 2012.

ROCHA, Francisco de Assis do Rego Monteiro. **Curso de Direito Processual Penal**, Volume I, 2ª Edição, Curitiba: Juruá, 2007.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tradução Diego Manuel Luzón Pena, Liguél Díez y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Madri, Editora Civitas, 2003.

SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de Preconceito e de Discriminação**, 2ª Edição, Editora Saraiva, 2010.

SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de drogas Comentada**, 2ª Edição, Editora APMP – Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**, Tradução Luíz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SIMÕES, Carlos. **Teoria e Crítica dos Direitos Sociais, o estado social e o estado democrático**, 1º ed. Editora Cortez, 2014.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana:** contributo para a compreensão dos bens jurídicos supraindividuais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal:** superando o ideário liberal-individualista-clássico. Disponível em:

<<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15715-15716-1-PB.pdf>>. Acesso em 24 de abril de 2024.